

VU Research Portal

XS4ALL/Ab.fab: Hoe spam rechtsinbreuken binnen het aansprakelijkheidsrecht inkleurde en andere bijzonderheden

Lodder, A.R.

published in

25 jaar Mediaforum: een vooruitblik door de achteruitkijkspiegel
2013

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Lodder, A. R. (2013). XS4ALL/Ab.fab: Hoe spam rechtsinbreuken binnen het aansprakelijkheidsrecht inkleurde en andere bijzonderheden. In *25 jaar Mediaforum: een vooruitblik door de achteruitkijkspiegel* (pp. 72-78). Otto Cramwinkel.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

XS4ALL/Ab.Fab

hoe spam rechtsinbreuken binnen het aansprakelijkheidsrecht inkleurde en andere bijzonderheden

A.R. Lodder¹

1. Inleiding

Soms haalt een internetrecht zaak het 8 uur journaal, zoals Lycos/Pessers.² Of is er zelfs wereldwijde belangstelling, zoals bij Runescape.³ De zaak XS4ALL/Ab.fab is publicitair gezien⁴ en zeker qua internetrecht impact minder spectaculair, maar wist daarentegen wel tot de kern van het aansprakelijkheidsrecht door te dringen. Het is een standaardarrest over rechtsinbreuken:⁵

“De Hoge Raad heeft deze opvatting in zoverre onderschreven dat hij oordeelde dat gebruik van een goed waarop een ander een exclusief recht heeft, in de regel inbreuk en dus – behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond – onrechtmatig is.”

De zaak heeft dus een bijdrage geleverd aan het aansprakelijkheidsrecht. Voor de rechtsvorming binnen het internetrecht is de zaak van minder belang en ik eindigde in 2004 mijn noot in *Mediaforum* bij XS4ALL/Ab.fab met de relativering:

“Van het arrest van de Hoge Raad zullen de meeste spammers evenmin wakker liggen, zo ze al ooit van de uitspraak vernemen. Helaas is het arrest slechts een druppel op een gloeiende plaat.”

Aan het spam-vraagstuk leverde het arrest nauwelijks een bijdrage, te meer daar zelfs op het moment dat het kort-geeding twee jaar eerder begon op EU niveau al besloten was om spam verzonden aan consumenten te verbieden.⁶

Indertijd heb ik veel aandacht aan deze zaak besteed, maar toch zijn er nog verschillende interessante, in meerderheid nieuwe, inzichten en andere wetenswaardigheden die ik graag hier zal bespreken.

2. Het geschil

Vrijwel niemand zal de vier musketiers Bastiaan Dulfer, Bertus Kiers, Rian van der Borgt en René Beekman kennen. Toch vormden zij 80% van de eisers in deze zaak, naast dus XS4ALL. Hun rol is

¹ Arno R. Lodder is hoogleraar Internetrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

² Hoge Raad 25 november 2005, *LJN* AU4019.

³ Hoge Raad 31 januari 2012, *LJN* BQ9251.

⁴ Wel plaatste XS4ALL op de voorpagina van de Volkskrant direct na het arrest een advertentie met de tekst “Spammen is voor jou te laat...”

⁵ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, *De verbintenissen uit de wet*, nr. 47.

⁶ Richtlijn 2002/58/EG inzake privacy en elektronische communicatie dateert van 12 juli 2002, maar dat in deze richtlijn een spam-verbod zou worden opgenomen was ten tijde van het kort-geeding medio maart 2002 al bekend.

beperkt gebleven, omdat in alle drie instanties hun eisen als niet spoedeisend ter zijde zijn geschoven. Als klanten van XS4ALL hadden ze immers eenvoudig van de opt-out optie die Ab.fab bood gebruik kunnen maken en dus met een enkele eenvoudige handeling verlost kunnen worden van de spam.

In deze zaak ging het om negatieve gevolgen die de provider XS4ALL, een dienstverlener van de informatiemaatschappij, ondervond door het spammen van Ab.fab. In de meest brede zin ging het om reputatieschade: dat XS4ALL als tegenstander van spam niet in staat was te voorkomen dat haar abonnees met ongevraagde e-mail werden lastig gevallen. Sommige argumenten komen gedateerd over, zoals dat XS4ALL extra computers en bandbreedte moest aanschaffen alsmede filters moest installeren. Ik vermoed dat toen al de bijdrage van Ab.fab aan al het spamverkeer verwaarloosbaar was en dat de genoemde maatregelen door spam uit andere delen van de wereld nodig waren. Ronduit vermakelijk is het argument dat XS4ALL extra personeel in dienst moest nemen om “ontevreden klanten te woord te staan.” Ook juridisch gezien kent deze zaak ludieke argumenten waarvan gezien de kwaliteit van de advocaten (Dommering en Chavannes) niet aannemelijk is dat ze er zelf in geloofden, zoals dat Ab.fab merkinbreuk pleegde door e-mail naar het merk XS4All te verzenden.

3. Huisbezoek?⁷

In Amerikaanse rechtspraak hebben ISP's in veel zaken een rechterlijk verbod van spammen verkregen door een beroep te doen op hun eigendomsrecht (van de servers en netwerkverbindingen).⁸

In de pleitaantekeningen van XS4ALL wordt de metafoor van de huiseigenaar gebruikt. Hugenholtz neemt deze analogie als uitgangspunt om het arrest van het Hof te prefereren:⁹ “De opvatting van het Hof is mij dan ook sympathieker dan die van de HR die de toegang tot de servers van een internetprovider in feite op één lijn plaatst met de toegang tot een besloten tuinfeestje.”

XS4ALL ziet zich als een huiseigenaar die ongewenst bezoek kan verbieden. Van de zijde van Ab.fab wordt terecht aangevoerd dat het bij spam niet gaat om het bezoek, maar om wat het bezoek meebrengt. Het verlangen is immers niet bepaald bezoek (Ab.fab) te weren, maar door Ab.fab bezorgde berichten van een bepaald type (spam).

Het lijkt verdedigbaar dat een huiseigenaar bezorgers van ongeadresseerd reclamedrukwerk de toegang tot haar huis ontzegt, bijvoorbeeld als blijkt dat door de bezorging hiervan de door de postbode bezorgde post in veel gevallen niet meer in de brievenbus past. Uiteraard zou de huiseigenaar grotere brievenbussen kunnen aanschaffen, maar zeker als de bewoners niet gediend zijn van het reclamedrukwerk ligt een dergelijke maatregel niet voor de hand. Dat het bij email niet om ongeadresseerd drukwerk gaat maar de reclame geadresseerd is, maakt in casu geen verschil:

⁷ Deze paragraaf maakt gebruik van HWK Kaspersen & AR Lodder, De strijd tegen spam en het geworstel van de wetgever, *Computerrecht* 2004/3, p. 116-125.

⁸ Via het leerstuk ‘tresspass to chattels’. In eerste instantie in *Compuserve, Inc. vs. Cyber Promotions, Inc.*, No. C2-96-1070 (Southern District Ohio 1997). Vervolgens onder andere in *America Online vs. LCGM, Inc., et al*, Civ. Act. No. 98-102-A, (E.D. Va., Nov. 10, 1998). *Hotmail vs. Van MoneyPie*, 1998 WL 388389 (N.D. Cal. 1998), en *AOL vs. IMS*, 24 F.Supp.2d 548 (E.D. Va. 1998), *Earthlink vs. Cyber Promotions*, No. BC 167502 (Cal. Super. Ct. LA County 1998) en *Intel Corp. vs. Hamidi*, No. 98AS05067, 1999 WL 450944 (California Superior Court 1999).

⁹ NJ 2009

alle bewoners van het huis (de klanten van XS4ALL) krijgen het drukwerk bezorgd, net als in geval van ongeadresseerd drukwerk.

De parallel met fysieke wereld toont nog een andere helder dilemma dat in deze zaak speelde. Eigenlijk wilde XS4ALL niet dat geen enkele bewoner van het huis meer post van Ab.fab zou ontvangen, iets wat eenvoudig technisch gerealiseerd zou kunnen worden door te filteren op afzender. De werkelijke wens van XS4ALL was dat Ab.fab in beginsel geen reclame e-mail meer zou sturen, maar daarnaast verplicht zou zijn dit wel te doen als de klanten zouden aangeven deze te willen ontvangen. Dit is vergelijkbaar met het eisen van een straatverbod en daarnaast te verlangen dat de gedaagde verplicht is tot een bezoek in diezelfde straat indien daarom door een of meerdere bewoners wordt verzocht. Deze eis is begrijpelijkerwijs niet ingewilligd.

4. Internetrecht en aansprakelijkheidsrecht

Aansprakelijkheidsrecht helpt regelmatig bij het oplossen van juridische problemen op internet. Zo wordt bij domeinnaam conflicten maatschappelijke onzorgvuldigheid als grond aangevoerd als merkinbreuk niet mogelijk is dan wel niet slaagt. Bij uitingsdelicten kan in een civiele procedure strijd met een wettelijke plicht tot schadevergoeding of een verbodsactie leiden. Vrij uniek voorbeeld is het delict marktplaatsoplichting dat in 2013 zelfs door een rechter als een niet strafrechtelijke maar contractuele (nl. niet nakoming) kwestie werd gezien.¹⁰

Het internetrecht heeft ook aansprakelijkheidsbepalingen aan boek 6 toegevoegd. Zo is op grond van de Richtlijn 1999/93/EG inzake de elektronische handtekeningen de aansprakelijkheid van certificatedienstverleners in art. 6:196b BW opgenomen. Zeer bekend en a-typisch voor het aansprakelijkheidsrecht is tenslotte de bepaling in art. 6:196c BW, een omzetting van de Richtlijn 2000/31/EG inzake de elektronische handel, waarin niet bepaald is onder welke omstandigheden een gekwalificeerde aansprakelijkheid kan worden gevestigd, maar aan welke voorwaarden de dienstverlener van de informatiemaatschappij moet voldoen om uitgesloten te zijn van aansprakelijkheid.

Door XS4ALL/Ab.fab is expliciet aangegeven dat inbreuk op een recht op zichzelf, zonder nadere afweging, onrechtmatig is op het moment dat de rechthebbende aangeeft de gedraging niet te wensen. Er zijn rechtsinbreuken, zoals inbreuk op een auteursrecht, die zonder nadere toetsing onder alle omstandigheden onrechtmatig zijn. Bij andere rechtsinbreuken bestaan er binnen het aansprakelijkheidsrecht twee scholen. De ene school acht in geval van een rechtsinbreuk nadere toetsing aan maatschappelijke zorgvuldigheid noodzakelijk. De andere school is van mening dat rechtsinbreuk op zichzelf al onrechtmatigheid meebrengt. In dit geval is dus voor rechtsinbreuken de tweede school gekozen.

In de kern geeft het arrest, eenvoudig verwoordt, antwoord op de vraag: "Kan iets wat mag niet mogen?". Stel dat een rechter beslist dat het toch niet mag, mocht het dan eerst wel en nu niet meer? Of mocht het eigenlijk toch al nooit? Als je iets doet wat op zichzelf mag en iemand anders zegt dat hij het niet wil ten aanzien van een goed waar hij rechthebbende van is moet je dan stoppen? Ja, zo bepaalde de Hoge Raad. In Asser/Hartkamp wordt het als volgt aangeduid:

¹⁰ Rechtbank Noord-Holland 29 april 2013, LJN BZ9266: "Verdachte heeft ter terechtzitting verklaard dat hij de boeken niet bezat, deze dus niet kon leveren en ook niet van plan was deze te leveren. Deze - civielrechtelijk als moedwillige wanprestatie te bestempelen - manier van handelen betekent echter in strafrechtelijke zin nog niet dat verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan oplichting zoals ten laste gelegd."

“Indien bijvoorbeeld de bedreiging van het exclusieve gebruiks- en beschikkingsrecht van de eigenaar niet reeds om die reden onrechtmatig zou zijn, zou de inhoud van het begrip eigendom ondermijnd worden.”

De enkele bedreiging, die op zichzelf dus niet uit een onrechtmatige gedraging hoeft te bestaan, van een goed waar iemand recht op heeft is voldoende om onrechtmatigheid aan te nemen. Waar het in deze zaak om ging is dat door de eigenaar kenbaar was gemaakt dat hij zich in het genot van zijn exclusieve recht ‘bedreigd’ voelde: XS4ALL had aangegeven niet de spam van Ab.fab te willen ontvangen. Kernachtig verwoordt:¹¹

“Een inbreuk op een exclusief recht is immers een onrechtmatige daad, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.”

Abusievelijk is de NJ-verwijzing in Asser/Hartkamp *NJ* 2004, 549. Dat zou voor de hand hebben gelegen, ware het niet dat Hugenholtz zijn annotatie vijf jaar later schreef, dus het moet zijn *NJ* 2009, 549. Ook de schrijfwijze van de eiser is door gebruik van twee spaties bijzonder: X S4 ALL.

5. Eigendom van servers, of rechthebbende van capaciteit?

Middel I faalt in zijn geheel en Middel II is eveneens in zijn geheel ondeugdelijk. Middel III:

“komt op tegen 's hofs oordeel dat Ab.fab niet onrechtmatig jegens XS4ALL heeft gehandeld door, tegen haar kenbaar gemaakte wil, haar computersysteem te gebruiken om commerciële e-mailberichten naar haar klanten te sturen, waardoor XS4ALL schade lijdt.”

Ik ben er altijd vanuit gegaan dat het ging om het tegen de wil van de eigenaar van een server (“haar computersysteem”) hier gebruik van maken. Kabel geeft in zijn annotatie bij *Nationalevacaturebank.nl vs. CV Bank*¹² een interessante analyse van de aanduiding van het computersysteem in beide uitspraken. Bij de *Nationalevacaturebank.nl* werden de woorden omgedraaid. De zinsnede van de Hoge Raad “haar klantenbestand (haar computersysteem)” werd herschreven tot “zijn computersysteem (en klantenbestand)”. Met Kabel ben ik eens dat computersysteem bij de Hoge Raad niet enkel naar het klantenbestand verwees maar naar de drie genoemde begrippen, namelijk: “exclusieve rechten heeft op haar computercapaciteit, transmissiecapaciteit en haar klantenbestand (haar computersysteem).” Kabel ziet in de uitspraak van de Haagse voorzieningenrechter een transformatie van stoffelijke computervoorzieningen naar een onstoffelijk goed: het klantenbestand. Nu bijna 10 jaar later twijfel ik aan wat de Hoge Raad nu eigenlijk verwoordde. Zoals Kabel aangeeft is een klantenbestand onstoffelijk. De andere twee begrippen betreffen echter *capaciteit* en dat kwalificeert in mijn ogen eerder als onstoffelijk dan als stoffelijk: “Hoeveel PK is uw auto. Twee meneer. Ah, u heeft een 2CV.” Het vermogen is onstoffelijk (twee paardenkrachten), de auto (2CV) stoffelijk. Ik denk niet dat de Hoge Raad bedoeld heeft om “een rechtstreekse en opzettelijke inbreuk op de exclusieve rechten” op iets onstoffelijks betrekking te laten hebben, dus in die zin kan ik blijven bij mijn altijd ingenomen standpunt: het gaat om eigendom van de servers. De formulering van de Hoge Raad geeft dit echter niet aan, dus die volgend kom ik inmiddels tot een andere conclusie. Tijdens een college op 2 september 2013 heb ik

¹¹ Hoge Raad 14 oktober 2005 (*LJN* AT7537) onder verwijzing naar de zaak XS4ALL/Ab.fab.

¹² V.zr. Den Haag 21 juli 2004, AQ7019, *IER* 2004-6.

een groep van ruim 30 studenten Internetrecht de kwestie voorgelegd. De meningen waren precies verdeeld: de helft kwalificeerde de trits als stoffelijk en de andere helft als niet-stoffelijk.

6. Vrijheid van meningsuiting

Vrijheid van meningsuiting en spam heb ik altijd als een moeizame combinatie gezien en brengt bij mij de bekende zinsnede “It ain’t what you say, it is the way that you say it” boven. Het gaat er niet om dat je je mening niet zou mogen uiten, maar anderen moeten er geen last van ondervinden. Daar past uiteraard een afweging. Mijn coulance jegens spammers is in dat licht niet erg groot. Het ongevraagd lastig vallen van mensen verdient in mijn ogen niet een grondwettelijke bescherming. Hugenholtz maakt in zijn al eerder aangehaalde noot de afweging

“Kennelijk is de HR van mening dat er voorrang bestaat tussen het (ook grondrechtelijk) beschermde recht van eigendom en de informatievrijheid.”

en geeft vervolgens aan dat toetsing aan de uitzonderingen in art.10 lid 2 EVRM ontbreekt. In mijn noot heb ik indertijd al aangegeven dat ik de zorgen die XS4ALL had over de stelligheid waarmee de Hoge Raad het eigendomsrecht laat prevaleren boven de vrijheid van meningsuiting niet deel. De verantwoordelijkheid die de uitoefening van het uitingsrecht meebrengt omvat ondermeer het rekening houden met rechten van anderen. Het gaat uiteindelijk ook enkel om een beperking in ontvangers, degene die de communicatie niet wensen te ontvangen uitsluiten van reclame. De omgekeerde afweging zou in mijn ogen merkwaardig zijn, dat mensen gedwongen reclame ontvangen.¹³ Zoals ze in Common Law landen zeggen, vrijheid van meningsuiting is geen “license to trespass”.

7. De positie van de ISP

Wat betekent de uitspraak voor de neutraliteit van de ISP? Netneutraliteit houdt in de kern in dat geen onderscheid mag worden gemaakt tussen verschillende type internetverkeer en is inmiddels in de Telecomwet geregeld. Het filteren van spam wordt als een toelaatbaar onderscheid gezien, maar het onderscheid werd hier al een fase eerder gemaakt, nl. bepaalde partijen, Ab.fab, is het niet toegestaan internetverkeer aan te bieden. Praktisch gezien was er geen probleem, omdat Ab.fab mede (uitsluitend?) door deze zaak failliet is gegaan.¹⁴ Theoretisch gezien mijns inziens ook niet.¹⁵

“To draw a parallel, if a football stadium is open to the general public, some people causing trouble might be banned from the stadium. After such a measure, the stadium is still open to the general public. In the case of ISPs, certain traffic can be banned from their servers without ISPs losing their neutrality. A similar argument applies to malware and other security measures.”

De AG merkt over de positie van de ISP op dat:

¹³ Zie hierover uitgebreid A.R. Lodder, H.W.K. Kaspersen, M. Briët, D.F. Groenevelt, M.C. Steeman & C. Suen (2004), Spam, spammer, ... Analyse van het recht en de techniek rond elektronische ongevraagde commerciële communicatie, in het bijzonder via email, Den Haag: SDU uitgevers 2004.

¹⁴ Zie conclusie AG: “Ab.Fab is in cassatie niet verschenen” onder verwijzing naar *Computerrecht*: “Ab.Fab zou - mede vanwege de hoge kosten van het hoger beroep - het onderhavige bedrijf hebben gestaakt, aldus Lodder, *Computerrecht* 2003, p. 153.”

¹⁵ Lodder, A.R. & N.S. van der Meulen (2013), Evaluation Of The Role Of Access Providers Discussion Of Dutch Pirate Bay Case Law And Introducing Principles On Directness, Effectiveness, Costs, Relevance, And Time, *Jipitec - Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 4, issue 2, to appear.

“deze bij het opwerpen van beletselen voor het gebruik van "zijn" faciliteiten, over een veel beperktere marge beschikt, dan voor een "gewone" particuliere eigenaar geldt”.

Dat is een terechte constatering. Het verloop der tijd heeft aangetoond dat ISPs nauwelijks van deze mogelijkheid gebruik hebben gemaakt. Het is vooral de overheid (zoals bij filteren kinderporno, meldplichten, dataretentie, etc.) en particuliere organisaties als BREIN die een beroep op ISPs hebben gedaan om beperkingen toe te passen.

Er is tenslotte tenminste een situatie die aan XS4ALL vs. Ab.fab deed denken, door Arnoud Engelfriet in 2010 aan de orde gesteld:¹⁶

“Mogen websites verbieden in de voorwaarden, dat jij advertenties blokkeert? En als ze zien dat je dat verbod overtreedt, mogen ze je dan van de site verbannen?”

De beheerder van een site kan voorwaarden aan het gebruik van zijn site stellen, dus het verbannen van gebruikers als de beheerder van de site merkt dat je ze blokt en hij wil dat je ze “ziet” is mogelijk. Of het zin heeft is de vraag:¹⁷

“Andere acties van ISPs op grond van hun eigendomsrecht dan het verbieden van spam, zal denk ik ook niet (op grote schaal) plaatsvinden. Uiteindelijk werken dergelijke acties namelijk tegen hen. Bijvoorbeeld wanneer een online boekwinkel gebruikers blokkeert die wel winkelen maar nooit wat kopen.”

8. Slot

Er is geen andere zaak waar ik alle drie instanties (Rechtbank, Hof, Hoge Raad) geannoteerd heb,¹⁸ dus deze bijdrage voelt als het weerzien van een goede vriend: ook tien jaar later zijn er interessante wetenswaardigheden uit te wisselen. In feitelijke zin heb ik genoegzaam aangetoond dat mijn blik op de toekomst van bijzonder weinig waarde is.¹⁹ Wat deze zaak betreft was mijn indruk dat de negatieve gevolgen voor internetvrijheid zeer beperkt zouden zijn. Hierin heb ik wel gelijk gekregen, want de “desatreuze gevolgen”²⁰ die sommigen als gevolg van deze uitspraak zagen zijn vooralsnog uitgebleven.

¹⁶ <http://blog.iusmentis.com/2010/05/25/>

¹⁷ Uit Mediaforum noot.

¹⁸ Zo is het de enige zaak waar ik een annotatie bij iedere instantie heb geschreven, namelijk Voorzieningsrechter Amsterdam 7 maart 2002, *Computerrecht* 2002-3; Hof Amsterdam 18 juli 2002, in R.H. van den Hoogen, A.R. Lodder & T. Smith-Van der Linden (red.), *Jurisprudentie Internetrecht Kazaa, Kranten.com en 55 andere zaken*, Deventer: Kluwer en Hoge Raad 12 maart 2004, *Mediaforum* 2004-4.

¹⁹ Zie voor een overzicht van mijn mislukte voorspellingen dit filmpje op het Youtube-kanaal *Internet Law and Intellectual Property - VU University Amsterdam*, [Youtube.com/internetlawip](https://www.youtube.com/internetlawip).

²⁰ Zie Mediaforum noot onder 17.